



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Transexualidad: Una cuestión de derechos.

Autor/es

ALEJANDRO ABAD VICENTE

Director/es

JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2018-19



Transexualidad: Una cuestión de derechos., de ALEJANDRO ABAD VICENTE (publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE GRADO

TRANSEXUALIDAD: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS

ALEJANDRO ABAD VICENTE

TUTOR:

JOSE MARÍA MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO

GRADO EN DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

AÑO ACADÉMICO 2018-2019

RESUMEN: Con el presente trabajo lo que se pretende es exponer la situación en la que está el colectivo de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (LGTBI) en la actualidad, los avances que se han hecho en esta última década y las dificultades a las que aún se enfrenta el colectivo, haciendo especial referencia a la transexualidad respecto al derecho nacional e internacional.

SUMMARY: With this work, the aim is to expose the situation in which lesbian, gay, transexual, bisexual and intersexual (LGTBI) collective is currently present, the progress that has been made in the last decade and the difficulties that the collective still faces, making special reference to transsexuality with regard to national and international law.

ÍNDICE.

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. OBJETO DE ESTUDIO Y OBJETIVOS DEL TRABAJO.

1.2. ¿QUÉ ES EL MOVIMIENTO LGTBI?

2. LA TRANSEXUALIDAD.

2.1. SEXO Y GÉNERO

3. DERECHO AL GÉNERO.

4. TRANSEXUALIDAD Y DERECHO. LEGISLACIÓN RELEVANTE.

4.1. INTRODUCCIÓN.

4.2. DERECHO INTERNACIONAL.

4.2.1. LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA.

4.2.2. LA ONU Y LA PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO.

4.2.3. DERECHOS LGTBI EN LA UNIÓN EUROPEA.

4.2.4. LA LEY ARGENTINA COMO REFERENTE INTERNACIONAL.

4.3. DERECHO NACIONAL.

4.3.1. ÁMBITO ESTATAL.

4.3.2. ÁMBITO AUTONÓMICO.

5. CONCLUSIONES.

6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. OBJETO DE ESTUDIO Y OBJETIVOS DEL TRABAJO.

A pesar de toda la lucha que se ha desarrollado a lo largo del siglo XX y, recientemente en el siglo XXI, siguen existiendo muchos países en los que la opción sexual sigue siendo un motivo de persecución y castigo, incluso con la muerte. Afortunadamente, hay otros muchos países en los cuales esta persecución no se da y los integrantes del colectivo de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (en adelante, LGTBI) no se encuentran señalados de cara al resto de la sociedad o frente a la justicia por su condición libremente elegida. Sin embargo, esta represión que se ha dado a lo largo de los años, no ha detenido una constante lucha de este mismo colectivo ni ha frenado el surgimiento de movimientos tan diferentes como son el feminista o QUEER, que han conseguido con mucho esfuerzo, y tras una dura lucha, que se ponga en duda todo el esquema heteropatriarcal que, históricamente, ha imperado e incluso ha sido la columna vertebral de la sociedad en su concepto más nucleas. Hoy en día, ideas como la dualidad de sexos o la opción única de la sexualidad de una persona han sido puestos en duda y la sociedad está cada vez más abierta a nuevas opciones, lo que permite la apertura de camino este colectivo en busca de una inclusión y una normalización social que, desde el punto de vista de los derechos humanos fundamentales, no debería ser puesta en duda.

Sin embargo, con lo dicho previamente, hoy en día la sociedad sigue encontrando una desinformación respecto de estos asuntos muy grande. A la hora de hablar de sexo y de género, muchos ciudadanos no tienen muy claros los conceptos. No entienden las diferencias y se crea un desconocimiento y un desinterés que repercute directamente en que se siga teniendo miedo muchas veces al hablar abiertamente estos conceptos. Homofobia, heteronormatividad, homosexualidad, transexualidad y otros tantos son conceptos que aunque están normalizados y, aparentemente están superados como algo extraño con lo que la sociedad no se siente identificada siguiendo los cánones tradicionales, siguen siendo conceptos muchas veces alejados para las personas que no se encuentran en la lucha por el reconocimiento de los derechos legítimamente otorgados a las personas porque, antes que gay, lesbiana, trans o cualquiera que sea la identidad sexual de cada persona, son personas, ciudadanos de países que pretenden garantizar y luchar por los derechos de todos ellos sin tener en cuenta su condición. Es ahí donde radica la igualdad y la verdadera equidad tan buscada por el Derecho en todas sus acciones y producciones normativas.

Ahora bien, si hablamos de derechos, de Derecho, ¿en qué posición se encuentra el Derecho? Como suele ser habitual, el Derecho es lento. Por lo general, más lento que la sociedad y se adapta a un ritmo que no tiene nada que ver con el que lleva la sociedad. Una sociedad cada vez más evolucionada y ansiosa por seguir dando pasos hacia adelante, sobre todo en estas décadas más recientes. Es por ello que cuando el Derecho llega a solucionar un problema, este ha podido cambiar y es necesaria una nueva legislación. El Derecho no es inmediato y, sin embargo, las soluciones a estos asuntos que afectan al conjunto de los ciudadanos y que son de un calado muy profundo, sí que necesitan una solución inmediata y eficaz, con la intención de que los problemas no se agraven y no sea un paso atrás en la lucha social que se ha llevado a cabo para dar estos pasos en el Derecho. Surgen así dos retos conexos, además de muy importantes para el ciudadano, pero más importante para el Derecho. Por un lado, para la sociedad mundial (denominada como globalizada) surge el reto de ser, tal y como expone el profesor Ricard Huerta, capaces de establecer una educación en las libertades colectivas pero sin olvidar las libertades individuales como base de la sociedad. Por otro lado, el Derecho tiene el reto de garantizar todos los derechos reconocidos para todos los ciudadanos en igualdad de condiciones indistintamente de las diferencias de ideología de género o la opción sexual de estos. Llevándolo al terreno español, estamos hablando de la garantía de lo establecido en la Constitución de 1978 a lo largo de su articulado; por ejemplo en los artículos 9.2 (condiciones de igualdad y libertad del individuo y los grupos en los que se integra este por parte de los poderes públicos) o 32 (igualdad jurídica en el matrimonio). En definitiva, como dice el profesor Ricard Huerta, el reto que tiene la sociedad en este aspecto, y por tanto el Derecho, es incorporar como un logro para todos y como una opción de vida normalizada la diversidad sexual. En este caso, el profesor enfoca, de forma muy acertada, el problema y la solución en la educación (o como él la llama: transeducación), la concienciación y sobre todo información de lo que es una libertad y una opción de vida personal que engloba a todo tipo de personas de forma muy transversal en la sociedad. (Huerta, 2016)

Dentro de esta situación, bastante convulsa y de incertidumbre en muchos casos, el colectivo que abandera una de las luchas más profundas y difíciles es el colectivo que es objeto de estudio de este trabajo: el colectivo LGTBI, especialmente, los transexuales. Aunque el colectivo LGTBI es muy abierto, además de que aspira a ser cada vez más inclusivo, son las personas transgénero y transexuales los que se enfrentan a una lucha

más encarnizada y difícil, ya que no encuentra obstáculos sólo en el resto de la sociedad, instituciones o en el Derecho, sino que también dentro del propio colectivo. Las dificultades propias de ser trans y los conflictos internos de los individuos generan diferentes formas de aproximarse a esta condición, que habitualmente crea conflicto dentro de los mismos integrantes del colectivo trans (Missé, 2014). Así, este trabajo pretende realizar un análisis de cómo el Derecho se aproxima a esta sección de la sociedad en el ámbito nacional e internacional. Así mismo, con este trabajo también se pretende exponer las dificultades y carencias del Derecho para tratar con todos estos sujetos y que viene arrastrando problemas para interpretar las necesidades propias de los transexuales y los transgénero. Además de exponer toda aquella normativa que garantice sus derechos.

En definitiva, con este trabajo se pretende poner sobre la mesa las dificultades del colectivo LGTBI y, muy especialmente, de los trans. Estas dificultades se encontrarán en el reconocimiento de derechos, de capacidades por el género ambiguo o simplemente en la dificultad para imponer una doctrina que englobe estas necesidades que, aunque no son especiales, sí que deben ser reconocidas por esta condición. Además es objeto de estudio porque es un tema que actualmente está muy en auge y que, en cuanto al Derecho, es un tema muy importante y con mucha perspectiva de futuro. Es un tema que el Derecho debe afrontar y que ya se está haciendo aunque aún quedan muchos aspectos que legislar

1.2. ¿QUÉ ES EL MOVIMIENTO LGTBI?

Cuando se habla de LGTBI, se está definiendo a un grupo dentro de la sociedad formado por gays, lesbianas, transexuales y bisexuales, generalmente. Esta terminología es relativamente nueva ya que previamente se hacía alusión al término de 'comunidad gay' hasta finales del siglo XX en el que se acuña este término más inclusivo y aceptado ya que es aplicable a personas independientemente de su cuerpo. Sin embargo, hoy en día, estas siglas engloban un gremio que es mucho más amplio y que se usa para definir todas aquellas orientaciones sexuales que se alejan del binario hombre-mujer y la creencia hasta hace poco habitual de que la normalidad es la heterosexualidad, siendo que hasta ahora se habla de 26 tipos de orientación sexual. Es por ello que LGTBI son unas siglas que engloban todas estas orientaciones pero que por la cantidad de estas, aunque sigue siendo válido el uso de esas siglas, lo más correcto sería llamarlo movimiento LGTB+ tal y como aparece en numerosos artículos y textos recientes. Entre estas orientaciones sexuales se encuentran otras que son relativamente comunes, o más bien, conocidas como la polisexualidad o la pansexualidad pero también engloba otras muchas que son grandes

desconocidas como la grisexualidad (muy cercano a la conocida asexualidad pero que generalmente se diferencia en que en muy limitadas circunstancias pueden experimentar atracción sexual) o la gente pangénero (que sienten como propio cualquier género o todos ellos a la vez).¹

Como se puede comprobar, se contemplan muchas orientaciones sexuales muy diversas y muy complejas pero que tienen una cosa en común. Estas se separan de la heteronormatividad presente en todas las etapas históricas. Sin embargo estas orientaciones sexuales no son nuevas, han existido a lo largo de toda la historia de la humanidad, es algo que no es nuevo para el hombre pero que simplemente siempre ha sido reprimido por grupos sociales o por agentes externos (como históricamente ha sido la Iglesia) siempre que se alejase de lo que en el momento histórico fuese entendido como lo correcto.

Pero el colectivo LGTBI es sobre todo y más importante, un movimiento cultural y social que busca combatir un rechazo injustificado e indiscriminado de todas estas orientaciones sexuales o identidades de género. Este movimiento ha tenido todo su auge sobre todo en los siglos XX y XXI que le ha aportado por fin la visibilidad necesaria para poder denunciar esta situación y exigir un trato en igualdad.

El origen del movimiento, normalmente, está ligado a las protestas y disturbios en Stonewall, Nueva York de 1969. Tras una redada policial, y ante la brutalidad policial que se dio, la comunidad gay de la ciudad se enfrentó durante tres días a la policía. Al año siguiente, se conmemoró el acontecimiento con la que sería la primera marcha del orgullo LGTBI. Además, supone el punto de inflexión definitivo para el colectivo. Sería a partir de este momento que emergerían las luchas de los estudiantes a mediados del siglo XX en Estados Unidos en búsqueda de la despatologización de orientaciones sexuales no normativas. Esto sirvió de trampolín para que todas esas personas que habían sido sistemáticamente invisibilizadas por las normas del heteropatriarcado comenzando así a ser una parte relevante y sobre todo, con voz en Estados Unidos y en Europa². Esta

¹https://www.yasss.es/sabiduria-pop/lgtb-pansexual-asexual-intersexual-orientaciones-sexuales_0_2573550066.html actualizado a 23 de abril de 2019

² <https://psicologiyamente.com/social/movimiento-lgtbi> actualizado a 23 de abril de 2019

lucha llega hasta hoy en día, en el que 6%³ de la población de media es abiertamente parte de este colectivo.⁴

³ Aunque otras fuentes hablan de un 10%

⁴ <https://www.yorokobu.es/estadisticas-lgtbqui/> actualizado a 23 de abril de 2019

2. LA TRANSEXUALIDAD.

Por el término transexual se conoce a aquella persona que adquiere las características físicas del sexo contrario, ya sea mediante un tratamiento hormonal o quirúrgico. Sin embargo, esta es una definición muy genérica y que, por la diversidad dentro del propio colectivo, no incluye todos los aspectos relevantes de los trans

Por lo general, dentro de este colectivo debemos diferenciar a 3 tipos de personas Trans: transexuales, transgénero y travestidos⁵.

Generalmente, el travestido se diferencia del transexual en que, siguiendo los estándares médicos, estos obtienen un placer sexual en vestirse como lo haría una persona del otro género, es decir, aquel que no le es asignado a la hora del nacimiento. Ahora bien, el transexual es aquella persona que individualmente afirma tener un sexo que no se corresponde con su género, es decir que su cuerpo y su género están en disputa. El punto clave en esta diferencia es el elemento temporal y la transición misma de un género al otro por el propio deseo de la persona. Es decir, que el transexual es una persona que en algún punto de su vida (generalmente en la infancia) se le presenta un intenso deseo de vivir como miembro del género opuesto para siempre en su vida. A nivel psiquiátrico, la diferencia es que “un/a transexual está dispuesto para interferir a nivel hormonal y quirúrgico con el fin de alinear su cuerpo con el género al que siente pertenecer.” (Soley-Beltrán, 2009, p. 266).

Una vez aclarada esta distinción, muchas asociaciones, institutos de sexología y desde el propio colectivo insisten en realizar una distinción aún más profunda que la inicialmente planteada a nivel médico y psiquiátrico ya que apoya todas las corrientes que hablan de patología cuando se trata de los trans. Esta diferenciación profunda debería distinguirse entre transexualidad y transgénero. Así, según el instituto de sexología de Madrid, llamaremos transgénero cuando se haga referencia a la identidad de género y la no correspondencia de esta con el género de su cuerpo. Por el otro lado el transexual hace referencia al sexo biológico del individuo al nacer, es decir por las características de los genitales de la persona al nacer. En definitiva, el transgénero posee el sentimiento de

⁵ P, Soley-Beltrán (2009). En muchos casos, la distinción y el añadido de travestidos no se suele contar, sin embargo cuando el autor habla con varios trans para su investigación, la gente del propio colectivo les incluye como parte de este a pesar del carácter temporal de su condición. Sin embargo hay partes del colectivo más radicales con esta temporalidad y no los consideran parte de este. Sea como fuere, cabe destacarlo pues aporta una visión más amplia de un concepto que puede llegar a ser algo ambiguo.

pertenencia al sexo que no le corresponde por nacimiento, mientras que el transexual tiene el sentimiento de que ha nacido con un sexo físico no coherente con él⁶ son estas distinciones y conflictos internos en el interior de la persona y la proyección física que tiene esta las que generan una distinción entre el sexo y el género y que se rompa la dualidad del hombre y la mujer heterosexuales y normativos.

2.1. SEXO Y GÉNERO.

Cuando Patricia Soley-Beltrán estudia a los transexuales, estos identifican su situación personal como un conflicto, una discontinuidad experimentada entre sus partes corporales y el placer sexual que va asociado a ellos, o por lo menos, el que debería estar normativamente hablando, con ellos. Esto es así porque a lo largo de los años, el criterio principal de la definición del sexo ha sido la heterosexualidad y el sexo como un elemento teórico (Soley-Beltrán 2009). Es en esta forma de entender al transexual a partir de la cual se habla de una clara ruptura de la heteronormatividad considerada como 'lo normal' pero que no representa al cien por cien de las personas. Esta ruptura entre el sexo y el género surge a partir de los movimientos feministas y de autores como Judith Butler⁷ o De Beauvoir⁸ y es imposible referirnos a esta dicotomía sin tratar, como mayor exponente del movimiento y teoría *Queer* a la ya mencionada Judith Butler en su libro *El género en disputa*.⁹

El sexo se trata normalmente como un término estrictamente médico y, siempre que se usa, por ejemplo, en Derecho o en cualquier contexto, se están tratando elementos naturales, propios del nacimiento. Se sitúa pues frente a un concepto binario que es determinado por un momento vital y que genera uno de los dos. Sexo masculino o femenino sin ninguna discusión teórica. Es sin embargo cuando nos aproximamos al concepto de género cuando surge la disputa.

Opuesta a esta visión, se encuentra J. Butler. Para ella, el sexo, al igual que el género, es un acto, es un estilo de vida, un proyecto que surge de un proceso de culturización

⁶ <https://www.sexologomadrid.com/blog/transgenero-y-transexualidad/> actualizado a 24 de abril de 2019

⁷ J. Butler. Véase libros como el *Género en disputa* (2017) o *Deshacer el género* (2006)

⁸ S. De Beauvoir. Véase libros como *El segundo sexo* (2008) o *La mujer rota* (1986), ambos de gran influencia e inspiración para J. Butler

⁹ Aunque hay gran variedad de autores que tratan este tema, para el desarrollo de la idea de género y la distinción de sexo, el mayor exponente es sin duda, J. Butler y es a partir de su obra, y las críticas a la misma de la que se va a desarrollar esta exposición. J. Butler *El género en disputa* (2017) y P. Soley-Beltrán (2009).

dependiente del momento histórico y el contexto en el que pueda llegar a encontrarse y que trasciende de la anatomía dejándola a un lado. En este ideario, el cuerpo sería un mero contenedor que se debe ir completando con valores, ideas, sensaciones, vivencias que le dan un significado particular y completamente diferente para cada uno de los individuos. Es el cuerpo entonces “el nexo entre lo cultural y lo natural” (1988).

En este punto podemos diferenciar que se encuentra por un lado el sexo como algo natural, el cuerpo como el nexo por el otro lado y, finalmente, el género como un elemento cultural. Como el conjunto de los elementos culturales que son asumidos en el cuerpo sexuado como atributo que se convierte en necesario para los humanos. Sin embargo, a partir de estas ideas, Butler sobrepasa esta identificación de lo cultural llegando a afirmar que el sexo también debe ser considerado como un conjunto de elementos culturales aunque esta idea es desechada por muchos autores por el hecho de que entonces esta distinción sexo/género sería irrelevante con esta confusión retórica.

Con esta particular concepción y, apoyándose en datos antropológicos, Butler evidencia la existencia de grupos sociales de género no binario a los que pretende enmarcar por medio de lo que denomina *matriz heterosexual* como modelo el cual dice que para que los cuerpos sean coherentes debe existir un sexo que sea estable a la par que un género también estable, históricamente definido en la práctica heterosexual. En suma, podemos decir entonces que el género, diferencia del sexo que viene impuesto naturalmente, el género se adquiere por medio de la repetición de actos, comportamientos e incluso formas de entender la realidad dependiendo del contexto cultural. Esto lo explica a partir de la famosa frase: “no se nace mujer, se llega a serlo” (De Beauvoir, 2008) con la que pretende expresar que el género es un conjunto de comportamientos que determinan la forma en la que nos relacionamos con la sociedad que nos rodea

3. DERECHO AL GÉNERO E IDENTIDAD DE GÉNERO.

El género debe de ser entendido como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”¹⁰ Esta definición la encontramos en los Principios de Yogyakarta.

Es a partir de esta definición que se podría determinar jurídicamente al género como una extensión del desarrollo del derecho a la personalidad y la dignidad de la persona y, por tanto, también de los principios de igualdad y no discriminación imperantes en el Derecho, en nuestro caso, en el artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978 (López-Galiacho Perona. 1998). Este marco jurídico dentro de los Derechos Fundamentales se estableció en el Parlamento Europeo con la primera resolución sobre no discriminación a transexuales el 12 de septiembre de 1989.

Sin embargo, en España, aunque ha legislado para llegar a esta igualdad, como la modificación del sexo registral en caso de transexuales¹¹ (SSTC 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991.), mientras que el resto de países europeos han venido aprobando legislación relativa a los transexuales, en España pese a ocupar parte de la agenda política el colectivo LGTBI, los transexuales han sido ignorados en su mayoría o apartados de las actuaciones legislativas en este aspecto. Es así a tal punto que el propio Tribunal Supremo acude a la teoría de la ‘ficción’ en la sentencia de 2 de julio de 1987 diciendo que la interpretación de los Derechos Constitucionales depende de la realidad física del individuo. Al mismo tiempo, en la asamblea del Consejo Europeo relativa a la condición de los transexuales de 29 de septiembre de 1989 se insta a los Estados a reconocer y legislar los derechos de los transexuales y a acabar con cualquier

¹⁰ *Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*. Noviembre 2016.

Redactados por 28 especialistas en Derechos Humanos de 25 países y aprobados en noviembre de 2006 en el marco de una reunión en la universidad de Gadjah Mada se ocupan de una amplia gama de normas de Derechos humanos y de su aplicación a las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género.

¹¹ Aunque estas declaraciones no equiparan de forma absoluta el registro al sexo inscrito cambiado para determinados actos y negocios jurídicos.

tipo de discriminación posible.¹² Este tipo de pronunciamientos del Tribunal Supremo se irán repitiendo sin renunciar a esta línea argumentativa de la ficción y de la realidad física “hasta que eventualmente una norma legal disponga la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados, no cabrá estimarlos de mayor alcance que los que fueran necesarios para el cumplimiento de lo solicitado” (STS, 3 de marzo de 1989). El Tribunal Supremo continuaría con este tipo de pronunciamientos hasta la entrada en vigor de la ley de 2007 de igualdad efectiva sino más bien por los constantes pronunciamientos de las audiencias provinciales que se limitaban a aplicar la doctrina establecida en el tribunal europeo de derechos humanos.

Este concepto del género como un derecho que surge del libre desarrollo de la personalidad se establece en base a otros derechos establecidos constitucionalmente como son la salud del art. 43.1 CE, la propia imagen del art. 18.1 CE o al incluir la identidad de género como una circunstancia personal y social a las que el artículo 14 de la Constitución Española hace referencia (STC 176/2008) cuando esta prohíbe tratos discriminatorios. Esto es muy relevante cuando se tiene en cuenta que la visión, opinión y forma de vivir la vida, si esta no es discriminada y puede ser desarrollada libremente es parte del sentimiento de bienestar que pretende la propia Constitución Española para los ciudadanos, independientemente del sexo o el deseo de no pertenecer a ninguno de los establecidos.

Esta discusión llegó a convertirse en una proposición de ley¹³, aunque el colectivo sí que obtuvo algo de atención por parte de los poderes políticos con la reforma de 2005 del Código Civil respecto del matrimonio homosexual y la ley de 2007 de rectificación registral. A pesar de ello, hay que dejar claro que es verdad que esta rectificación registral tanto del nombre como del sexo es un elemento muy importante para una persona transexual, sobre todo para que pueda desenvolverse de una forma normal en el tráfico mercantil o jurídico y, sobre todo, en términos de igualdad. Lo destacable de esta ley es que el concepto de identidad de género se haga de una forma tan patologizada cuando obliga a que la persona que solicite esta rectificación acredite 2 elementos¹⁴:

¹² Es importante esta asamblea porque es en ella en la que por primera vez se reconoce que este tipo de discriminación por razón del género a los transexuales es una afectación directa a los Derechos Fundamentales

¹³ “Proposición de ley sobre el derecho a la identidad sexual” a proposición del grupo parlamentario socialista

¹⁴ Art 4, Ley 3/2007 de 15 de Marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Por un lado, la declaración de un diagnóstico de disforia de género mediante informe médico o psicológico clínico haciendo referencia a la que deberá demostrar la disonancia entre el sexo morfológico y el fisiológico, además de la persistencia y estabilidad de la disonancia

Y, por el otro, la necesidad de haber pasado por un tratamiento médico hormonal durante un periodo superior a dos años en pos de acomodar las características físicas correspondientes al sexo que es reclamado mediante informe médico del seguimiento del tratamiento.

Es cierto que cumple con el principio número 3 de Yogyakarta respecto a que ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género, aunque el elemento que es preocupante es el hecho de que se trate aún de disforia de género y la obligación del sometimiento a un tratamiento médico por 2 años con lo que podemos destacar que al final, lo que es más relevante es la determinación de un trastorno, de algo que no es normal. Con esta doble mirada, a su vez se está negando el principio número 18 de estos mismos principios de Yogyakarta en el que se dice que con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas. En este sentido, siguiendo estos principios, la perspectiva que parece más adecuada es la idea de Kim Pérez¹⁵ cuando, en 2010, dice que debería ser no un régimen de autorización, sino un régimen de “autonomía informada” en la que los médicos se limitasen a un proceso de información y de concienciación con el que explicasen el proceso y sus consecuencias, siendo que al final, después de una adecuada explicación, sea el propio individuo el que tenga la decisión final.

En definitiva, se aprecia cómo, en la mayoría de los casos, el legislador español prima el modelo médico en el que se trata a la transexualidad como un trastorno de la identidad del género sabiendo incluso que la transexualidad, hasta hace no mucho, estaba incluida en la Clasificación Mundial de Enfermedades ¹⁶(CIE) de la Organización Mundial de la

¹⁵ Conocida así aunque su nombre es Kim Joaquina Pérez Fernández-Figares, es la primera persona transexual mujer con candidatura electoral y una de las mayores abanderadas del movimiento trans en España además de la primera persona española en incluir en su catálogo de prestaciones sanitarias el proceso completo de tratamiento y cirugía genita de reasignación de sexo

¹⁶ La transexualidad dejó de formar parte de este elenco de trastornos mentales en 2018 con la actualización CIE-11, pasando a formar parte del apartado llamado: ‘condiciones relativas a la salud sexual’

Salud, incluso en los casos en los que las personas se someten a una operación de reasignación de sexo. De ahí que haya muchos autores que son críticos con este modelo, llegando a decir, en tono irónico, que “la transexualidad es el único trastorno clínico que se cura mediante intervenciones quirúrgicas” (Missé, 2012).

Son muchos los pasos que se han dado al respecto pero todavía quedan varios objetivos pendientes del Derecho español al respecto para poder decir que se garantiza como un elemento fundamental de la personalidad de la persona tal y como se establece en la Constitución de 1978, proyectada en todos los aspectos relativos de esta como la salud, la integridad física o en general todos aquellos en los que de forma activa desarrolla la personalidad del individuo y que garantizan un desarrollo en sociedad pleno y sin discriminaciones. Además el concepto de identidad de género es un concepto muy relacionado con el de ciudadanía, suponiendo un eje central en los derechos y obligaciones de los ciudadanos que se puedan encontrar reconocidos por el ordenamiento jurídico¹⁷, extensible a los menores de edad, y discrepando con lo establecido en las leyes mencionada anteriormente y en sus reformas posteriores. Y finalmente, lo que es más importante, dejar atrás el concepto de transexualidad del mundo médico-clínico al jurídico y constitucional que entienda así la transexualidad como lo que es, una decisión en la vida que desarrolla la personalidad de las personas que se hace palpable en el estilo de vida y en todas las decisiones que esta toma, garantizándole que la cirugía no es la única opción para un desarrollo pleno. Hacer del sexo de las personas un elemento que de cara a la ley sea irrelevante y una simple información de la persona pero de carácter privado ya que hoy en día ha quedado más que demostrado que el antiguo binomio está más que superado. Parece que la sociedad europea, según el instituto estadounidense Pew Research Center, está bastante preparada para aceptar estas ideas y al colectivo LGTBI¹⁸, aunque quede mucho que hacer aún, mientras que el Derecho sigue siendo reticente en algunos aspectos.

¹⁷ O. Salazar (2015, p. 94) une estos dos términos cuando habla de la proyección social que tiene la idea del género y el sexo para los transexuales y para el resto de la sociedad y su importancia para la inclusión.

¹⁸ En 2018, este instituto mostró los resultados de una investigación centrada en la visión de jóvenes de 18 a 34 años de distintos aspectos como religión o el matrimonio homosexual. Esta investigación dejó ver una gran brecha en la opinión pero a su vez evidenció la gran tolerancia de los países más occidentales al matrimonio gay o la visión de las minorías sociales, coincidiendo con los países en los que la religión era un elemento menos central de la sociedad

4. TRANSEXUALIDAD Y DERECHO.

4.1 INTRODUCCIÓN.

Es a lo largo de la última década en la que las distintas organizaciones internacionales y estados se han decidido a legislar y orientar en cuanto a la situación de los transexuales frente a la ley. Sin embargo este cambio de rumbo se debe en gran parte al cambio respecto del concepto de la transexualidad. Como se acaba de decir, en esta última década, la concepción de la transexualidad ya no es la de una enfermedad. La despatologización ha sido el punto de partida y el origen de todos estos movimientos que buscan la igualdad y el respeto a los colectivos afectados. Este activismo internacional se ha basado en la igualdad de reconocimiento de los Derechos Fundamentales ya consolidados en las legislaciones de la mayoría de los países. El activismo surge a partir del desarrollo crítico de muchos teóricos y de muchos estudios a lo largo del siglo XX y XXI.

Esta patologización está conceptualiza tanto en elementos corporales como en hábitos o modos de vida, que las estigmatiza como enfermas o anormales. La conceptualización se realiza por un lado en el ámbito institucional desde que se califica como trastorno mental. Por otro, en el ámbito social y familiar, desde el momento en el que se generan discursos de odio, exclusión de cualquier tipo, lo que da como resultado la violencia transfóbica o cualquier otro tipo de violencia basada en el género o la orientación sexual.

En este contexto, el Derecho, frente a estas intromisiones y violaciones en los derechos fundamentales, legisla con una acción cada vez más importante y más global, tal y como analizaré a continuación.

4.2. DERECHO INTERNACIONAL.

Esta última década, los derechos humanos del colectivo LGTBI, ha ocupado una parte realmente importante y relevante de las agendas de los organismos internacionales. Estas organizaciones de derechos humanos son, por ejemplo, la ONU, la organización de naciones unidas, el consejo de Europa o el Parlamento Europeo. Además es muy destacable la relación que han tenido simultáneamente los organismos regionales e internacionales con los movimientos activistas. Es importante porque los unos han sido fundamentales para los otros y viceversa con los actos llevados a cabo por parte de cada uno.

4.2.1. LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA.

Los principios de Yogyakarta (2007) establece una serie de líneas de actuación sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual¹⁹ y la identidad de género²⁰. Este proyecto está dirigido a los estados, a los cuales les pretenden aclarar y dar coherencia a las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Por tanto, y dentro del marco de los derechos humanos, el colectivo LGTBI, como seres humanos, se debe encontrar bajo esta protección. Esto se establece en la introducción a estos principios.

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Así es como comienzan los principios de Yogyakarta, partiendo del hecho de que el ser humano, entendido como universal, está por encima de la condición personal de cada individuo. Por ello un distinguido grupo de especialistas de derechos humanos redactaron estos principios tras reunirse en la Universidad de Gadjah Made en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006. Porque los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e interdependientes²¹, además de entender que la identidad de género y la orientación sexual son esenciales para la dignidad y humanidad de todas las personas. Y, a pesar de ello, siguiendo un patrón global, numerosas violaciones de los derechos humanos basadas en la orientación sexual o identidad de género, se producen de una forma muy arraigada. Incluso son los propios Estados los que las permiten mediante costumbres o leyes cuando se intenta controlar la forma de vivir este aspecto de la vida de las personas.

Estos principios son, según los especialistas, un reflejo del estado actual de los derechos humanos en relación a la orientación sexual e identidad de género, destacando en la responsabilidad de todas las partes actoras en la promoción y protección de los derechos humanos. Así, centran la atención en la legislación internacional de derechos humanos, la cual determina una total prohibición de la discriminación en el disfrute de los derechos humanos y, sin embargo, respecto de la orientación sexual y la identidad de género no se

¹⁹ La orientación sexual se define dentro de estos principios como “capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.”

²⁰ La identidad de género se define dentro de estos principios como “vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente.”

²¹ Principio 1 de los principios de Yogyakarta, 2007

cumple muchas veces. Insisten en que para ello es fundamental la igualdad entre hombres y mujeres, además de un trabajo adicional que permita adoptar las medidas necesarias para eliminar los prejuicios y aquellas prácticas que se basen en la inferioridad o superioridad de cualquiera de los roles o estereotipos, atendiendo a que la comunidad internacional reconoce el derecho de las personas a elegir personal y responsablemente en todo lo relacionado con su sexualidad sin sufrir coerción, ni violencia o discriminación.

Sobre esta base, se adoptan los 29 principios que conforman el texto. Todos ellos tienen un gran valor e importancia, sin embargo, algunos son más destacables cuando hablamos de la despatologización como principio del que parte la actuación legislativa.²²

El primero de ellos es el derecho a la igualdad y a la no discriminación contemplado en el principio dos (2). Bajo este título se incluyen las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias de cualquier tipo que tengan como resultado el menoscabo de la igualdad ante la ley o una menor protección atendiendo a la orientación sexual o identidad de género, con el agravante de, además, otras causas como la raza, religión o una discapacidad. Es por ello que se fomenta a los estados a incluir esta igualdad en las respectivas constituciones ya sea por medio de enmiendas o interpretaciones frente a todos los entes públicos o privados, además de derogar las disposiciones penales que impiden el libre desarrollo de la actividad sexual consensuada amparada por la ley.

El principio tres (3) contempla el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Se entiende que la persona, en la amplia diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género, debe poder disfrutar de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Por ello nadie puede ser obligado a someterse a una operación médica o tratamiento como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Se incluye, además, la existencia de alguna condición como el matrimonio, maternidad o paternidad puedan ser un impedimento para el reconocimiento de la identidad de género o podrá ser obligada o coaccionada para ocultar la orientación sexual o identidad de género. Esto se establece así a partir de las numerosas interpretaciones de derechos humanos en los que se sostiene que la orientación sexual y la identidad de género que cada persona defina para sí suponen uno de los aspectos fundamentales de su

²² En los principios, cuando se dirigen a los Estados, se realizan dos tipos de líneas de actuación de cara a conseguir sus objetivos. Por un lado, las relativas a la legislación (que serán las recogidas en este trabajo), y, por otro, otras formas de actuación como programas de educación, medidas de seguridad o apoyo social. Sin embargo en este trabajo quedarán plasmadas únicamente las relativas a la ley.

autodeterminación. Se pretende que los Estados sean capaces de garantizar a todas las personas la capacidad jurídica en asuntos civiles sin sufrir ningún tipo de discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, además de la oportunidad de ejercer esta capacidad en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos a la hora de disponer de bienes, ser propietario de estos, acceder a herencias, suscribir contratos o administrar un patrimonio. Para ello, se insta a garantizar la dignidad y privacidad de la persona y a la adopción de las medidas legislativas y administrativas que permitan la existencia de procedimientos que reflejen la identidad de género que cada persona defina para sí misma. Además, como elemento central, que los Estados sean capaces de garantizar que los cambios a los documentos de identidad sean reconocidos en todos los procesos que requieran la identificación o desagregación de las personas por su sexo. Aunque esta última medida ha sido muy controvertida en Europa por cómo ha sido planteada por algunos países como Alemania o España, como se expondrá más adelante.

El principio diecisiete (17) trata el derecho al disfrute del más alto nivel salud posible. Este alto nivel de salud se entiende en las dos vertientes de salud que contempla la OMS, que son la salud física y mental, en las que se debe incluir la salud sexual y reproductiva como un aspecto fundamental de este derecho. Todo ello, respetando la orientación sexual y la identidad de género, tanto las del propio paciente como las de la pareja de este, como tónica de todos los principios. Así, deben ser llevadas a cabo todas las medidas necesarias para asegurar el acceso a los productos y servicios para la salud, entre los que deben incluirse los que estén relacionados con la salud sexual y reproductiva. Por otro lado se deben garantizar la información de tal modo que las decisiones sean tomadas en libertad respecto a los tratamientos para que sean realizados en base a un consentimiento “genuinamente informado”. Por último, se pretende facilitar el acceso al tratamiento, apoyo y atención a las personas que pretendan modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género.

Finalmente, destacar el principio dieciocho (18), de protección contra abusos médicos. Por este principio, nadie podría ser obligado al sometimiento de un tratamiento, procedimiento o exámenes psicológicos o médicos, o a permanecer en un establecimiento médico por su orientación sexual o identidad de género. Esto se determina así por lo que se lleva desarrollando anteriormente. Y es que ni la orientación sexual ni a identidad de género supone, en sí mismas, un trastorno. Por lo que no deben ser tratados ni suprimidos. Legislativamente se debe garantizar y asegurar la protección frente a práctica médicas

dañinas que se basen en la orientación sexual o la identidad de género, incluyendo estereotipos. Además se garantiza que el cuerpo de ninguna criatura sea alterado irreversiblemente por un procedimiento médico que intente imponer una identidad de género si el consentimiento informado, libre y pleno, de acuerdo a las condiciones y características de la persona. Siendo especialmente relevante la inclusión de los menores, con los que se debe, sobre todo, atender al interés superior del menor, protegiéndole además, de correr algún riesgo de abuso médico.

Sin duda, estos principios son los que tratan más directamente el aspecto de la despatologización. Sin embargo, hay otros, como el cinco (5) de derecho a la seguridad personal, el ocho (8) de derecho a un juicio justo o el doce (12) de derecho al trabajo que apoyan esta búsqueda de normalización y de integración pretendida por la legislación.

Por último, decir que, además de los mencionados, existen más principios. En el año 2017 se llevó a cabo una ampliación de los principios de Yogyakarta, los llamados principios de Yogyakarta plus 10, que aunque no modifican los 29 principios anteriores, añaden más principios, llegando a los treinta y ocho en total. Además, también añade nuevas obligaciones para los Estados, sobre todo en cuanto a la promoción de la participación pública y política de las personas marginadas por motivo de orientación sexual o identidad de género.

El objetivo de la compilación de estas interpretaciones inclusivas es desarrollar los derechos humanos. Para ello, se dan varias directrices que permitan una correcta aplicación de los derechos fundamentales para las personas LGTBI, además de las personas que por su orientación sexual o identidad de género no pueden disfrutar libremente de ellos. Sin embargo, son muchas las carencias que, en este sentido, el Derecho tiene todavía que suplir.

Así, lo determinan numerosas asociaciones y colectivos, como por ejemplo PGAction²³, cuando analiza estos principios y su revisión en 2017 y declara que aún quedan principios por añadir y que los principios de Yogyakarta no contempla. El caso más claro es el del derecho al acceso a la institución del matrimonio para las personas LGTBI en las mismas

²³ Parlamentarios para la acción global. Parliamentarians for Global Action (PGA, por sus siglas en inglés), es una red internacional sin fines de lucro y apartidista de aproximadamente 1.100 legisladores de 139 parlamentos electos alrededor del mundo cuya misión es informar, convocar y movilizar parlamentarios para promover la paz, la democracia, el estado de derecho, los Derechos Humanos, la igualdad de género y cuestiones poblacionales.

condiciones que el resto de individuos, a pesar de que ya ha sido reconocido recientemente por la corte interamericana de derechos humanos. Entonces, es lógico entender que estos principios deberían quedar abiertos y continuar ampliándose hasta llegar a una auténtica igualdad entre los individuos independientemente de orientación sexual o identidad de género.

4.2.2. LA ONU Y LA PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO.

A partir de las recomendaciones un consejo de derechos humanos de 2007 y una asamblea general de 2008, ambos con temática de orientación sexual e identidad de género, en 2011, la ONU aprobaría la primera resolución que expresamente busca la protección frente a la violencia por motivo de orientación e identidad de género.

La resolución 17/19 del Consejo de derechos humanos, llamada “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, y adoptada por el parlamento Europeo, pone de manifiesto la violencia y discriminación que sufre el colectivo LGTBI en todas las regiones. La ONU entiende que el mero hecho de la percepción de ser transexual (aunque también incluye la homosexualidad), en muchas ocasiones, pone en una clara situación de riesgo a las personas de sufrir asesinatos, violaciones o agresiones tal y como han estado documentando por cerca de treinta años. Por ello, en esta resolución, realizan un análisis de los elementos que suponen estas violaciones de los derechos humanos. Se incluyen la violencia de cualquier tipo, las leyes discriminatorias (pena de muerte y detenciones arbitrarias) y las prácticas discriminatorias (como por ejemplo en el empleo, educación o atención a la salud). Ante esta triste realidad, la ONU plantea nuevas respuestas ya que, como se expone en la introducción:

“Como hombres y mujeres de conciencia, rechazamos la discriminación en general y, en particular, la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género... En caso de conflicto entre las actitudes culturales y los derechos humanos universales, deben primar estos. Juntos, tratamos de lograr la derogación de las leyes que tipifican como delito la homosexualidad, que permiten la discriminación por razón de la orientación sexual o la identidad de género, que alientan a la violencia”

Estas respuestas, dado el análisis de la situación, se basan en una serie de recomendaciones para los Estados Miembros, basadas en los mecanismos de los derechos humanos de las Naciones Unidas

Posteriormente, los distintos órganos de la ONU, a partir de 2011, ha adoptado diversos acuerdos y tratados. En septiembre de 2014 se adopta la resolución 27/32 con la cual, a la vista de las violaciones de derechos humanos, se requiere al Alto Comisionado para realizar un informe. Este informe sería el denominado “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”. En este contexto, en 2015, diversos organismos se pusieron de acuerdo en la ONU para poner fin a la violencia y a la discriminación contra las personas lesbianas, gays, trans, intersex y trans. Este acuerdo culmina con un comunicado en el que urgentemente se insta a todos los Estados miembros a tomar medidas urgentes para poner fin a las violaciones tratadas anteriormente en 2014 con la resolución 27/32.

Desde 2016 y hasta la actualidad, se han ido realizando una serie de análisis de todas las acciones de los Estados para combatir todo lo que se denuncia desde el 2011 y en las posteriores resoluciones. El resultado de este análisis culmina con el proyecto denominado “libres e iguales”. Este proyecto está formado por el informe del 2016 *Living free and equal* y la creación de una página web²⁴ homónima al informe y que se ha convertido en un referente internacional en la protección contra la violencia por motivos de orientación sexual e identidad de género.

4.2.3. DERECHOS LGTBI EN LA UNIÓN EUROPEA.

Actualmente, el referente en cuanto a la protección de los derechos de los transexuales en la UE, incluidos en el colectivo LGTBI, es el plan de acción aprobado en 2015 de mejora de los derechos de este colectivo. Este plan de acción reafirma el contenido de la resolución de Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183).

Esta resolución se basa, principalmente, en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, artículos 8 y 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el artículo 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y el convenio para la protección de los derechos humanos y de las Libertades Fundamentales. Además, se han tenido en

²⁴ Disponible en: <https://www.unfe.org/es/> . Es, además, especialmente interesante porque sirve de plataforma para que el colectivo LGTBI pueda dar a conocer sus necesidades reales y los avances que se van poco a poco dando.

cuenta numerosas recomendaciones y dictámenes de organismos internacionales, así como varios estudios y reglamentos.

En las directrices de la Unión Europea se recuerda que uno de los fundamentos de la UE es el respeto de la dignidad humana, la libertad democrática, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluyendo a minorías. Dentro de estos ideales, inevitablemente, se incluye la lucha contra toda discriminación sea cual sea el origen. Es por ello que la UE coordina políticas globales a través de, entre otras, la Estrategia marco para la no discriminación y para la igualdad de oportunidades para todos y la estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015. Sin embargo, la UE entiende que para una correcta eficacia de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea es necesario desarrollar políticas específicas respecto a algunos colectivos minoritarios. Esta necesidad se reafirma cuando la UE estudia el estado de las personas LGTBI en los distintos Estados de la UE y se constata que, de las personas encuestadas de este colectivo, una de cada dos se había sentido acosada o marginada por su orientación sexual o identidad de género; que una de cada tres había sido agredida físicamente por su condición; y que una de cada cinco había sido discriminada en su empleo o trabajo²⁵.

Frente a la situación en la que se encuentra la UE, contempla las tres consideraciones siguientes: primero, que la UE condena toda discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género en la propia UE y fuera de ella. Segundo, que la UE carecía de una política global de protección del colectivo LGTBI en cuanto a derechos Humanos. Y tercero, que entiende esta responsabilidad como propia, por lo que apela a los Estados y a la Comisión Europea a llevar a cabo medidas frente a este problema. Es a partir de todo el contexto analizado que realiza la hoja de ruta en cuanto a su contenido, divididos en 12 frentes de acción particular. En ellos se pide un trabajo conjunto de la Comisión y de los Estados para conseguir una política global que recoja el plan de acción, temas y objetivos desarrollados en la resolución. Específicamente, la resolución trata la no discriminación en el empleo, en el ámbito educativo, en la atención sanitaria, acceso a bienes y servicios, ciudadanía, familias y libertad de circulación, libertad de reunión y de expresión, asilo, vigilancia de la incitación al odio y delitos motivados por el mismo. Además, hay que tener en cuenta que debe respetar las competencias propias de la Unión

²⁵ Estos son los resultados de un estudio sobre las personas LGBT en la UE de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea realizado por la FRA (agencia de la Unión Europea por los Derechos Fundamentales), bajo el nombre: *Ser «trans» en la UE. Análisis comparativo de los datos de la encuesta a personas LGBT en la UE.*

Europea, pero, sobre todo, la libertad de expresión y la manifestación de las convicciones y opiniones que no inciten al odio o violencia.

De esta resolución hay que destacar que deja un espacio para acciones concretas en favor de las personas trans e intersexuales. Esta protección específica nace del valor de la identidad de género como elemento de protección y que deberá ser considerado en futuras legislaciones, incluyendo refundiciones. La resolución admite una falta de conocimiento, investigación y legislación específica de personas intersex, por lo que los Organismos que trabajen en la igualdad de estos colectivos deben informarse de manera específica en materia de las personas trans e intersex, además de integrar las cuestiones específicas en las políticas.

Actualmente, en 2019, la Comisión Europea, al echar la vista atrás con el informe anual en materia de derechos del colectivo LGTBI²⁶, se reconoce que estas medidas están en riesgo, que el colectivo LBTBI todavía sufre frecuentemente discriminación y odio. A pesar de ello, la directiva sigue siendo una prioridad y sigue plenamente comprometida con los objetivos de la resolución, buscando una plena adopción de medidas y legislación igualitaria. Queda claro que aunque se ha avanzado mucho, hay mucho por recorrer aún y hay mucho trabajo por delante

4.2.4. LA LEY ARGENTINA COMO REFERENTE INTERNACIONAL.

En 2012, Argentina, mediante la ley 26.743²⁷ se convertiría en un referente si hablamos de derechos LGTBI, y en especial de transexualidad. Esta ley fue muy controvertida en su momento por establecer el derecho a la identidad de género en su primer artículo en el que se determina que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de la misma y, por último, a ser tratada de acuerdo con su identidad, además de que toda persona debe ser identificada de esa manera en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

La ley fue controvertida, sin embargo hoy es referente por ser de los pocos países que explícitamente reconoce este derecho dentro de su legislación por medio de una ley que proteja a transexuales y personas intersex. Es por esto que es meritorio el trabajo del

²⁶ Emitido por ILGA Europa, que es la región europea de la asociación internacional del colectivo LGTBI, fundada en 1996.

²⁷ ley 26.743. De identidad de género. Sancionada el 9 de mayo de 2012 y promulgada el 23 de mayo de 2012

legislador argentino, porque, a partir de la aprobación de una ley como esta, se abre un nuevo estándar jurídico, el cual, aunque avanzado por el reconocimiento del género, aún existen elementos patologizadores en las legislaciones posteriores a la argentina. Estas reticencias se encuentran sobre todo en los elementos relacionados con la medicina y los requisitos médicos.

En esta ley se establecen una serie de requisitos para que solicite la rectificación registral: se debe acreditar una edad mínima de dieciocho años, una solicitud conforme a la ley en la que se requiera la rectificación y, por último, la expresión del nuevo nombre de pila. Hay que tener en cuenta que queda constancia en este mismo artículo 4º que no hace falta una reasignación genital (ni parcial ni total) o terapias.

Tras pasar el trámite, que no es ni judicial ni administrativo, procede la notificación de oficio de esta rectificación al Registro Civil de forma gratuita y sin necesidad de representación letrada. Esta rectificación registral no altera la titularidad de derechos u obligaciones jurídicas que pudiesen corresponder a la persona con anterioridad, incluyendo los derechos familiares. Únicamente el documento de identidad es modificado como resultado de esta rectificación.

Además esta misma ley contempla el desarrollo al libre desarrollo personal como elemento principal para la protección del colectivo trans por medio de intervenciones quirúrgicas, necesitando únicamente el consentimiento informado de la persona. Los otros dos elementos importantes son el respeto a la identidad de género adoptada por la persona, con especial relevancia de menores de edad y el respeto por parte de las normas, en aplicación e interpretación de las mismas, del género como un derecho humano.

Esta referencia a la ley argentina es especialmente relevante por lo dicho anteriormente. Es un giro en la forma de entender el derecho y las interpretaciones jurídicas del género. A partir de este momento las legislaciones se han empezado a plantear un acto legislativo parecido y, desde luego, ha permitido avanzar hacia una legislación de género adecuada e inspirada en el reconocimiento de los derechos para las personas trans e intersex.

4.3. DERECHO NACIONAL.

Al igual que en el panorama internacional, en España, la última década en cuanto a transexualidad, orientación sexual o identidad de género, se han observado cambios legislativos en materia de derechos. Sin embargo esta evolución legislativa y conceptual

se ha dado sobre todo en las comunidades autónomas, quedando el contexto nacional más atrás.

4.3.1. ÁMBITO ESTATAL.

En el ámbito de España, la legislación no es muy extensa o tan específica en cuanto a derechos LGTBI como en otros Estados, como por ejemplo, Argentina mencionada anteriormente. La actividad legislativa a nivel nacional respecto de las personas transexuales se ha centrado en la actualización a ciertas características determinadas de leyes ya existentes. Principalmente en cuanto a derechos de personas transexuales hablamos de la ley 3/2007 y la ley 20/2011.

Por un lado, la ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención de sexo de las personas. Esta ley, como su nombre dice, es eminentemente registral y se ciñe únicamente a este aspecto. Sin embargo, es una ley que no es tan abierta como cabría pensar ya que sólo se da acceso a este cambio del registro a personas mayores de edad, con nacionalidad española y que hayan recibido un informe favorable de un médico que certifique la disforia de género y la persistencia y estabilidad de la misma. Este informe recoge también la existencia o no de trastornos de la personalidad y la necesidad de haber superado un proceso de dos años de tratamiento médico para acomodar las características fisiológicas correspondientes al sexo que se reclama.

Por otro lado, la ley 20/2011, de 21 de julio del registro civil se retira la prohibición de nombres que puedan inducir a error en cuanto al sexo, estableciendo un principio de libre elección del nombre propio siempre que se respete la dignidad de la persona y que no sea confusa la identificación. Estos elementos se incorporan a la ya existente prohibición de establecer el mismo nombre para hermanos con los mismos apellidos, a no ser que este hubiera fallecido.

Sin embargo estas no son las únicas leyes que pueden afectar a los transexuales y al colectivo LGTBI. Algunas otras leyes que han cambiado el panorama legislativo en pro de estas minorías han sido la de matrimonio homosexual con la Ley 13/2005 o la Ley Orgánica 8/1983 de legalización de la cirugía genital, siendo esta muy importante en sus posteriores cambios en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal y el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, que no incluye esta operación como una de las

prestadas por el Sistema Nacional de Salud, quedando esta reglada a cada comunidad y a su criterio a partir de la creación de las conocidas como UTIG²⁸ en 1999.

Como se puede apreciar, en España, a diferencia de las recomendaciones y legislaciones europeas e internacionales, mantiene una visión despatologizadora en cierto sentido con el sentido en el que se establece la Ley 3/2007. Frente a ello, recientemente son tres las proposiciones de ley que han estado en proceso de debate parlamentario. Sin embargo, este año 2019 ha habido un cambio de gobierno y, por tanto, estas decaen. A pesar de ello, es relevante mencionarlas para ver la dirección en la que va España en este sentido.

La primera de ellas, presentada por el grupo socialista el 3 de marzo de 2017, aprobada en el parlamento para debatirla en noviembre de 2017. En ella se propone la retirada de estos requisitos médicos con el fin de hacer de la rectificación un mero trámite administrativo y cuyo único elemento relevante sea la declaración expresada adecuadamente por el interesado. Sin embargo se prevé una posible intervención del Ministerio Fiscal en casos de menores si el interés superior de este se pudiera ver comprometido.

La segunda, se presentó por el grupo parlamentario Unidos Podemos, junto con En Comun Podem y En Marea el 12 de mayo de 2017. Esta proposición de ley va más allá al partir del derecho humano de la autodeterminación de la identidad de género sin ningún impedimento ni discriminaciones. Por ello se presenta la proposición de ley contra la discriminación por orientación sexual o identidad de género y características sexuales, y de igualdad social del colectivo LGTBI. Esta proposición se encuentra en debate de enmiendas publicadas en el BOE. Con ella, lo que se pretende es que se prevean en instituciones sanitarias una atención específica para transexuales que sea respetuosa y basada en la visión despatologizadora de los organismos internacionales. Esta proposición atiende también al cambio registral en que se pretende que sea tratado como un acto administrativo, al igual que la anterior proposición de ley.

Finalmente, la tercera proposición de ley, presentada por el mismo grupo de parlamentarios que la del 12 de mayo de 2017, sobre la protección jurídica de las personas

²⁸ Se conoce como UTIG a las unidades de trastorno de identidad de género que poco a poco fueron surgiendo en los diferentes hospitales de las comunidades autónomas a partir de 1999 con la UTIG del hospital universitario Carlos Haya en Málaga. El modelo de atención sanitaria que reivindican estas unidades hospitalarias es el de la sustitución de la evaluación psiquiátrica por un enfoque dirigido a la información y a la decisión informada.

trans, así como el derecho a la libre determinación de la orientación sexual e identidad de género. Con ella se pretende garantizar el derecho a la autodeterminación de las personas. Para ello, se quiere que toda persona mayor de 16 años y cuya identidad de sexo o género no coincida con la inscrita en el registro, sea capaz de rectificarlo mediante expediente gubernativo.

4.3.2. ÁMBITO AUTONÓMICO.

Respecto al ámbito autonómico, durante estos años han llevado una línea de actuación muy distinta a la del Estado. Las comunidades autónomas ha ido, desde Navarra en 2009 a Andalucía, recientemente con una actualización de la ya existente desde 2014, en 2017, desarrollando numerosas leyes de no discriminación por motivo de la expresión sexual o la identidad de género. Sin entrar en particular en ninguna, decir que la mayoría de ellas tienen un contenido realmente similar y el objeto de protección apenas varía. La mayoría de ellas se sustentan en la libre determinación del género, a pesar de que en algunas comunidades, como Canarias y País Vasco siguen exigiendo el diagnóstico de la disforia de género, mientras que las demás, como Navarra, al contrario, en la ley de 2017 que anularía este requisito.

Actualmente existen 5 comunidades que no poseen esta legislación de protección LGTBI. Estas son: La Rioja, Asturias, Cantabria, Castilla y León y Castilla-La Mancha.

El contenido de estas leyes ²⁹ tiene el objetivo de desarrollar y garantizar los derechos del colectivo LGTBI y asegurar que en la comunidad autónoma se pueda vivir la diversidad sexual y afectiva con plena libertad en el contexto de los derechos humanos. En el articulado se suele incluir un apartado dedicado a enumerar los objetivos, principios rectores, el ámbito o disposiciones generales, además de una referencia a las definiciones de las personas que son el motivo de amparo, destacando especialmente a los menores de edad. En estos casos, se resalta constantemente en estos primeros apartados el compromiso que tiene la administración y el legislador autonómico con el colectivo LGTBI. Por ello, en los siguientes apartados de las leyes autonómicas se establece la creación de organismos que se encarguen específicamente de las políticas de las personas LGTBI, a la vez que desarrollan políticas específicas públicas de igualdad y no discriminación social. Estas medidas son de apoyo, prevención y, sobre todo, de

²⁹ Para desarrollar este punto se ha tomado como referencia, por proximidad y a falta de una ley riojana, la LEY FORAL 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+..

sensibilización ciudadana respecto a algunos temas inherentes al colectivo, como es el VIH u otras infecciones de transmisión sexual.

Además en este compromiso especial con los derechos de menores trans y LGTBI, se hace referencia a medidas específicas, en el deporte, cultura, ocio... además de medidas que permitan un real y eficaz igualdad de personas LGTBI.

Finalmente, mencionar que para ello es necesaria una coordinación interdepartamental de las que las comunidades son conscientes y por lo que crean organismos para ello, así como una memoria anual que evalúe los resultados de todas estas medidas particulares que hemos mencionado anteriormente. Este reconocimiento necesita de adaptación del resto de leyes y de un plan de acción. Por ello, algunas comunidades han optado por la creación de consejos LGTBI o de órganos coordinadores para la igualdad LGTBI.

5. CONCLUSIONES.

Desde hace mucho tiempo se ha dicho que la transexualidad ha existido siempre, en cualquier cultura y en todos los momentos de la historia. Seguramente sea verdad, sin embargo, ha sido la visión médica de la transexualidad como un trastorno mental el que se ha impuesto en nuestros días. Un trastorno mental que sólo era curable mediante la medicina.

Afortunadamente, en estos últimos años, no ha sido así. Poco a poco, esta visión patologizada ha decaído, relativamente. Desde mediados del siglo XX el movimiento LGTBI se ha plantado frente a esta idea y ha reclamado aquellos derechos que les pertenecen, pero que nunca les han sido entregados o reconocidos. Como resultado, el activismo internacional ha conseguido, mediante una dura e insistente lucha, imponerse en las agendas políticas y, sobre todo, en el día a día de los ciudadanos. Esto ha conseguido crear un ambiente de cierta presión para el Derecho. Esta presión, finalmente, ha dado resultado, sobre todo en esta última década. Aunque ya anteriormente se han planteado estos cambios profundamente en la ideología colectiva, es verdad que es esta última década la que ha permitido grandes avances hacia una igualdad plena y una inclusión definitiva de un colectivo que nunca mereció un trato inferior porque no dejan de ser personas.

Para el Derecho, el cambio que ha dado pie a todos los resultados actuales es el abandono del pensamiento de que es un problema mental. La despatologización se ha convertido en el centro de debate de numerosas organizaciones de Derecho internacional como la ONU o como el Consejo de la Unión Europea. Ahora ya se puede hablar del género como un derecho como otro cualquiera. Un derecho tan importante como el de la libertad o el de la vida, ambos, muy relacionados con el género. Es por ello que, además de estos organismos supranacionales, son muchos los Estados que incluyen el concepto del género en sus legislaciones, como por ejemplo, Argentina que se ha convertido en un referente.

Por nuestra parte, en España, esta evolución se está viendo en las comunidades autónomas. Estas dan un paso adelante y centran parte de su legislación en transexuales y, en general, colectivo LGTBI. Estatalmente es verdad que se han hecho cosas en pro del colectivo. Sin embargo, estos pasos no son suficientes para equipararnos al ritmo de la Unión Europea o del resto de países. La ley de matrimonio homosexual o los cambios en el registro civil no han supuesto la aceptación de la transexualidad como algo innato de

la persona, que parte de la libertad y del desarrollo de la personalidad. En su lugar, el legislador ha mantenido una visión, en parte, patologizante, y que por ende, impide esta equiparación de derechos y la inclusión total del colectivo LGTBI.

Como es visible, las cosas han cambiado mucho en la historia más reciente. Entre el 6 y el 10% de la población pertenece abierta y orgullosamente al colectivo LGTBI. Cada vez existen más países que permiten el matrimonio homosexual, la tolerancia es cada vez mayor y, sin embargo, sigue sin ser suficiente. A la vez que se desarrollaba este trabajo, salía a la luz la nueva edición de la clasificación internacional de enfermedades, el ICD-11 de la Organización Mundial de la Salud. Esta nueva guía entra en vigor en 2020, sustituyendo a la que estaba en vigor desde 1990, en la que la homosexualidad dejó de ser considerada como un trastorno mental. En esta nueva redacción, la transexualidad se entiende como “una incongruencia marcada y persistente entre el género experimentado del individuo y el sexo asignado, que a menudo conduce a un deseo de ‘transición’ para vivir y ser aceptado como una persona del género experimentado a través del tratamiento hormonal, la cirugía u otras prestaciones sanitarias para alinear el cuerpo, tanto como se desee y en la medida de lo posible, con el género experimentado.”

Esta nueva definición trae consigo dos lecturas: una positiva despatologizadora ya que deja de formar parte de las enfermedades mentales. Pero a su vez, tiene otra que es negativa. Esta lectura se basa en el hecho de que, con esta nueva definición, se sigue sin normalizar la situación por establecer una línea que diferencia lo que es y lo que no es congruente. Es por ello que han surgido voces muy críticas, entre las que me incluyo, porque, aunque, como denominan desde la OMS, el transexualismo ya no es una enfermedad, ahora está catalogada como una incongruencia. Esto deja un cierto sabor agri dulce porque, a ojos de la medicina, no es coherente lo que eres con lo que pretendes mostrar.

Esta solución no deja de ser otra forma de discriminación, más suave, pero no deja de ser algo que “está mal”. El problema surge por el hecho de que sigue apareciendo en un listado de enfermedades, cuando el ser transexual nunca debería haber sido considerada como una enfermedad. Ser trans es parte del abanico de posibilidades que se abren para el ser humano, tanto como ser alto, rubio o zurdo. El problema es que al final no se deja de encasillar al colectivo trans, realizando una especie de distinción por la simple razón de ser trans.

Por todo ello, es verdad que, en estos años, se ha ayudado al colectivo y se han dado grandes avances para alcanzar una igualdad plena. Una igualdad que no sólo es necesaria para las personas LGTBI. Otros grupos y minorías sociales están, actualmente, afectados por estas desigualdades, como son las mujeres en ciertos aspectos. Sin embargo, podemos apreciar cómo el Derecho se está movilizand o a partir de las necesidades sociales, que buscan una sociedad cada vez más tolerante y equitativa. Son muchos los avances, aunque aún hay mucho en lo que trabajar, la perspectiva es muy esperanzadora para estos colectivos, especialmente, el LGTBI.

6. BIBLIOGRAFÍA.

Álvarez, I. (2013). “La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate”. *Revista general de derecho constitucional*, nº 17, pág. 2

Butler, J. (2006). *Deshacer el género*, Barcelona: Paidós.

Butler, J. (2017). *El género en disputa*, traducción de M^a Antonia Muñoz, Barcelona: Paidós.

Díaz Lafuente, J (2013). “La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de la Unión Europea”. *Revista general de derecho constitucional* nº 17, p. 3

De Beauvoir, S (1983). *La mujer rota*. Barcelona: Seix Barral.

De Beauvoir, S (2008). *El segundo sexo*, 2^a ed. Madrid: Cátedra.

Elvira Perales, A. (2013). “Transexualidad y derechos”. *Revista general de derecho constitucional* nº 17, p. 12

Foucault, M. (1984). *Historia de la sexualidad I*, 10^a ed. Madrid: SIGLO XXI.

Huerta, R. (2016). *Transeducar: arte, educación y derechos LGTB*. Barcelona; Madrid: Egales, D.L.

Martinez, R. (2017). *Lo nuestro sí que es mundial: una introducción a la historia del movimiento LGTB en España*. Barcelona: Egales.

Missé, M. (2011). *El género desordenado, críticas en torno a la patologización de la transexualidad* (2^a ed.) Madrid-Barcelona: EGALES.

Missé, M. (2014). *Transexualidades: otras miradas posibles*, 2^a ed. Barcelona; Madrid: Egales.

Nieto, J.A. (1998). *Transexualidad, transgenerismo y cultura. Antropología, identidad y género*: Madrid: TALASA.

Nieto, J.A. (2011) *Sociodiversidad y sexualidad*. Madrid: TALASA. Salazar

Ruiz-Risueño Montoya, F. (2013). “Los derechos LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista general de derecho constitucional* nº 17. Pág. 4

Salazar, O. (2015). “La identidad de género como derecho emergente”. *Revista de Estudios Políticos*. 169, pp. 75-107

Soley-Beltrán, P. (2009). *Transexualidad y la matriz heterosexual: un estudio crítico de Judith Butler*. Barcelona: Bellaterra,

Suess, A (2018). “Derechos de las personas trans e intersexrevisión del marco legislativo en el contexto español desde una perspectiva de despatologización y derechos humanos.” *Revista Derecho y Salud* 28, extra, pp97-115

NORMATIVA Y TEXTOS DE REFERENCIA INTERNACIONAL.

The additional Yogyakarta Principles (YP+10) – 2017

The Yogyakarta Principles – 2006

Resolución 17/19 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.”

Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 30 de junio de 2016 32/2. “Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.”

Ley 26.743. De identidad de género. Sancionada el 9 de mayo de 2012 y promulgada el 23 de mayo de 2012.

Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Publicado.

Ley foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+.

WEBS.

<http://www.felgtb.org/>

https://www.yasss.es/sabiduria-pop/lgtb-pansexual-asesual-intersexual-orientaciones-sexuales_0_2573550066.html

<https://www.yorokobu.es/estadisticas-lgtbqui/>

<https://psicologiaymente.com/social/movimiento-lgtbi>

<https://atclibertad.wordpress.com/>

<https://www.sexologomadrid.com/blog/transgenero-y-transexualidad/>

https://verne.elpais.com/verne/2018/11/20/articulo/1542735148_785095.html

<https://www.pgaction.org/>

<https://chrysallis.org.es/>

<http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/ManualLegislacionEuropeaContraDiscriminacion.pdf>

<https://www.europapress.es/internacional/noticia-bruselas-ve-riesgo-normativa-europea-proteger-colectivo-lgtbi-frente-discriminacion-20190319210713.html>